

Universidade Católica Portuguesa



Os descontos no âmbito do Direito da Concorrência:

A problemática dos descontos de fidelidade

Marta Lameiras Meireles

Escola de Direito – Porto

Maio 2016

Universidade Católica Portuguesa



Os descontos no âmbito do Direito da Concorrência:

A problemática dos descontos de fidelidade

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção
do grau de mestre em Direito da Empresa e dos Negócios

Por Marta Lameiras Meireles

Sob orientação da Professora Doutora Sofia Pais

Porto, 2016

Agradecimentos

*Aos meus pais, que nem por um momento duvidaram de mim, e me dão sempre mais do
que mereço receber.*

Ao Gil, pelo apoio e amor incondicional, todos os dias.

À Inês e à Fátima, que sofreram e sorriram comigo, sem nunca me largarem a mão.

À Juliana, Nicole e Catarina, pela paciência e carinho.

À minha orientadora, Professora Sofia Pais, por toda a disponibilidade.

Abreviaturas

Ac. — Acórdão

BA — *British Airways*

CE- Comissão Europeia

Cfr. — Conferir

Cit. — Citado

Et al. — *Et alii* (entre outros)

N.º - Número (s)

No - *Number*

OECD — *Organisation for Economic Co-operation and Development*

P. (pp.) — Página (s)

Para. — Parágrafo (s)

Proc. - Processo

TFUE — Tratado de Funcionamento da União Europeia

TG — Tribunal Geral

TJ — Tribunal de Justiça

TPI - Tribunal de Primeira Instância

Vol. — Volume

OECD — *Organisation for Economic Co-operation and Development*

Índice

Índice	6
Introdução	7
1. A prática dos descontos no Direito da Concorrência	8
1.1 Tipos de descontos	8
1.2 Descontos condicionais e descontos não condicionais	8
1.2.1. Descontos de quantidade	11
1.2.2. Descontos de fidelidade	12
1.2.3. Descontos alvo	13
1.2.4. Descontos multiprodutos	14
2. A problemática dos descontos de fidelidade	15
2.1. As principais objeções e os principais efeitos anticoncorrenciais dos descontos de fidelidade	16
2.1.1. Discriminação e transparência de preços	16
2.1.2. Barreiras à entrada e exclusão de concorrentes	17
2.2. Os efeitos pró-concorrenciais dos descontos de fidelidade	18
2.3. Justificações objetivas	21
2.4. A novidade do <i>Discussion Paper</i> : o teste do concorrente igualmente eficiente	23
3. A problemática dos descontos e acordos de exclusividade na jurisprudência da União Europeia	25
3.1. Acórdão <i>Hoffman-La Roche</i>	25
3.2. Acórdão <i>British Airways</i>	28
3.3. Acórdão <i>INTEL</i>	31
3.4. Acórdão <i>Post Danmark II</i>	37
3.5. O rumo seguido e o rumo a seguir pela jurisprudência Europeia em matéria de descontos	39
Conclusão	43
Bibliografia	45

Introdução

Numa Europa em constante evolução a nível social, industrial e económico, o Direito da Concorrência assume, cada vez mais, um papel de destaque. Todos os dias nascem novas empresas, com novas ideias e novos objetivos, e que pretendem entrar no mercado europeu e conquistar o seu perímetro de atuação. Por outro lado, empresas já existentes tentam manter-se em atividade, tentando todos os dias fazer frente aquelas que já conquistaram grande parte do mercado – as empresas em posição dominante. Neste sentido, a regulação e o controlo da sua atuação no mercado é essencial para que possam garantir os dois objetivos base do direito da concorrência: a proteção dos consumidores e a eficiência económica.

Descontos e abatimentos são formas de promoção de vendas, e são uma prática comercial bastante comum no mercado.¹ No entanto, a problemática da sua existência nasce quando este tipo de esquemas são utilizados por empresas em posição dominante, que abusam da sua supremacia no mercado. Este tipo de comportamento está previsto e regulado no artigo 102º do TFUE. O abuso de posição dominante é, certamente, um dos temas com maior relevância no âmbito do Direito da Concorrência, e como tal, tem sido objeto de vários comentários doutrinários e de uma tentativa constante, quer por parte da Comissão, quer por parte dos Tribunais, de esclarecer os seus conceitos e o seu âmbito de aplicação.

O objetivo deste trabalho passa por tentar compreender como é que a questão dos descontos tem sido abordada no âmbito do Direito da União Europeia, com especial atenção para os descontos de fidelidade. Começaremos por enunciar alguns tipos de descontos e passaremos, logo de seguida, a uma análise dos efeitos provocados por esta prática e as formas utilizadas pela Comissão e pelos Tribunais Europeus para a sua condenação. Por último, debruçar-nos-emos sobre a forma como a jurisprudência tem atuado relativamente a esta temática ao estudar algumas das suas principais decisões.

¹ Os termos descontos e abatimentos têm, tecnicamente, significados diferentes. No caso de descontos, a redução do preço é concedida desde o início da prática do esquema, e o desconto deve ser reembolsado no fim do período de referência se o limite estabelecido não for atingido; no caso de abatimentos a redução do preço é concedida retroativamente, desde que a meta estabelecida seja alcançada. Uma vez que estes termos são tratados pela lei e pela jurisprudência como sinónimos – OSORIO, Iliana Nunez - *"A test to ban rebates": which test is applicable to rebates under TFEU art.102?* - European Competition Law Review, 2012, p.1 -, optamos por utilizar aqui apenas o termo descontos.

1. A prática dos descontos no Direito da Concorrência

1.1 Tipos de descontos

A classificação e distinção que pode ser feita no âmbito da matéria dos descontos, no que ao Direito da Concorrência diz respeito, é vasta: enquanto certos tipos de descontos despertam maior discussão, como é o caso dos descontos de fidelidade, que leva a uma total divisão da doutrina; outros atuam de forma, mais ou menos, tranquila no mercado, como é o caso dos descontos de quantidade. Estas práticas concorrenciais têm sido alvo de vários processos analisados pela Comissão e pelos Tribunais Europeus, precisamente porque é um comportamento muito utilizado no mercado.²

Aquilo a que nos propomos agora é a distinção de alguns tipos de descontos, os mais frequentes, que podemos encontrar ao longo dos vários casos jurisprudências que vão surgindo nesta matéria, e que teremos oportunidade de analisar mais à frente, neste trabalho.

Um sistema de descontos pode, como já explicamos, assumir várias formas. A primeira distinção a ser feita é entre descontos condicionais e não condicionais. Dentro dos descontos condicionais, podemos encontrar vários tipos: analisaremos, portanto, os descontos de quantidade, os de fidelidade, os descontos alvo e os descontos multiprodutos.

1.2 Descontos condicionais e descontos não condicionais

Entre os vários tipos de descontos que operam no âmbito do Direito da Concorrência Europeu, deparamo-nos desde logo com os descontos condicionais e os descontos não condicionais.

No caso dos descontos não condicionais, embora a redução possa depender de vários fatores – só operam a clientes de determinada região, por exemplo-, não estará nunca em causa o comportamento adotado pelo cliente, “e aplicam-se a todas as compras que estes efetuam, independentemente do seu comportamento enquanto

² Neste sentido, JONES, Alison; SUFRIN, Brenda – *EU Competition Law: Text, Cases and Materials-Fifth Edition*. Oxford University Press, 2014, p. 454.

comprador”³. Assim, os descontos não condicionais diferenciam o preço de compra entre grupos de clientes⁴.

Por outro lado, e em contraposição aos anteriormente referidos, encontramos os descontos condicionais. *A contrario* do que acontece com os descontos não condicionais, o que caracteriza este tipo é, precisamente, o comportamento do cliente comprador relativamente ao fornecedor: o objetivo é atribuir uma recompensa ao comprador pelo abastecimento mediante a empresa fornecedora daquele tipo de produtos.

Como explanado na “Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”⁵, os descontos condicionais são prática comum entre as empresas que atuam concorrencialmente no âmbito da União Europeia. E são estes mesmos que, pelas suas particularidades, são objeto de maior estudo e atenção. Aliás, a Comissão, na sua Comunicação não chega, sequer, a fazer qualquer referência aos descontos não condicionais.

Tratando-se a categoria descontos condicionais de uma classificação mais generalizada e abrangente, podem ainda subdividir-se, mediante o alcance do objetivo proposto ou do número de clientes que a redução de preço abrange. Assim, temos desde logo os descontos retroativos: encontramos-nos perante estes quando, tendo sido estipulado um limite, essa mesma fronteira é atingida, valendo o desconto para todos os produtos comprados pelo cliente⁶. Aqui poderá tratar-se ou de um limite temporal, estipulando-se um período como referência, ou estar em causa um limite no volume de compras.⁷

³ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo – *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, 2012, p. 381.

⁴ *Discussion Paper*, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses – 2005, para. 137, p.39.

⁵ O artigo 82º do Tratado da Comunidade Europeia a que se refere o título do documento invocado, representa agora, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o artigo 102º do TFUE. Por esta razão, doravante, sempre que nos referirmos a este documento, remeter-nos-emos a ele como “Orientação sobre o artigo 102º”.

⁶ FEDERICO, Giulio – *When are Rebates Exclusionary?* – *European Competition Law Review*, 2005, p. 1.

⁷ Imagine-se que a empresa fornecedora estabeleceu como limite a ser atingido a compra de 200 exemplares daquele produto. Quando o comprador chega ao produto 200, o desconto é atribuído do produto 1 ao produto 200. O mesmo vale para quando está em causa um hiato temporal: se o período definido é o ano de 2015, no fim desse ano, a empresa fornecedora atribui um desconto a todos os produtos encomendados de Janeiro a Dezembro de 2015.

Em confronto direto com os descontos condicionais retroativos encontramos os descontos progressivos ou incrementais. Não será difícil de compreender quando é que estamos perante estes: se os descontos retroativos vigoram até ao limite estabelecido pelo fornecedor, seja ele temporal ou de volume da encomenda, os descontos progressivos valem sempre que o limite imposto é ultrapassado – ou seja, o desconto vale sobre os produtos comprados acima do limiar.⁸

A Comissão, na Orientação sobre o artigo 102º do TFUE, tem grande consideração por estes dois géneros- retroativos e progressivos -, alertando para a especial aptidão dos descontos retroativos para encerrar o mercado, ao tornar mais difícil a concorrência por parte de um fornecedor alternativo à empresa fornecedora que pratica o desconto.⁹ Esta dedução prende-se não só com a particular capacidade que as empresas em posição dominante detêm para produzir um preço abaixo do limiar praticamente impossível de atingir por empresas concorrentes, de menor dimensão, que procuram concorrer, mas também com o efeito atrativo deste tipo de abatimento para o cliente. Este tipo de descontos acarreta, normalmente, uma redução significativa de custos, uma vez que a aplicabilidade destes se traduz ou num período significativo em termos temporais, ou numa encomenda voluptuosa. Nestes termos, a probabilidade de um cliente transferir parte das suas encomendas para um fornecedor concorrente, implicando tal a perda do vínculo entre a empresa primariamente fornecedora e o consumidor, e consequentemente, a privação da aplicabilidade da redução do preço que resulta dos descontos que o fornecedor atribuiria, faz com que, a maior parte das vezes, o cliente não procure uma empresa concorrente.¹⁰

Para além desta distinção, no âmbito dos descontos condicionais, podemos ainda dividir o conceito em outros dois¹¹: por um lado os descontos condicionais, em que a redução é feita tendo em consideração o objetivo de volume daquele cliente em particular, ficando os vários clientes do mesmo comprador sujeito a diferentes limites e objetivos e, concludentemente, a diferentes descontos. Por outro lado, os descontos

⁸ Orientação sobre o artigo 102º do TFUE, para. 37.

⁹ Orientação sobre o artigo 102º do TFUE, para. 40.

¹⁰ FAELLA, Gianluca – *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates* – Journal of Competition Law & Economics, 2008, p. 377.

¹¹ Esta distinção não foi abordada pela Comissão na Orientação sobre o artigo 102º TFUE. No entanto, é comum entre a Doutrina este tipo de qualificação, e por isso mesmo, merece, também, a nossa referência.

normalizados¹², que funcionam de forma indistinta para os clientes da empresa fornecedora, valendo o mesmo limite e sendo atribuído o mesmo abatimento no preço.

1.2.1. Descontos de quantidade

Os descontos de quantidade¹³ estão sempre relacionados com o volume da compra em causa, e consistem na redução, a nível de preço, para todos os clientes que consigam atingir a quantidade exigida para a atribuição do desconto. Isto quer dizer que este tipo de descontos não varia consoante as características do comprador. O objetivo destes descontos é incentivar os clientes a comprar mais daquele produto, mas tais incentivos realmente só se aplicam àqueles que serão capazes de atingir o nível de vendas que desencadeia o desconto de volume.¹⁴

Os descontos de quantidade, ainda que praticados por uma empresa que se encontra em posição dominante, são aqueles que, normalmente, não têm associado a si a proibição resultante do artigo 102º do TFUE¹⁵. Ou seja, são o tipo de descontos que não constituem um abuso, por parte da empresa em posição dominante, da situação de supremacia em que se encontra. Isto resulta do facto de que estes descontos são atribuídos a clientes indistintamente, o que não quer dizer que sejam atribuídos a todos, remetendo-se apenas, como já referido anteriormente, à quantidade de produto que foi encomenda do cliente.

Ainda assim, também este tipo de reduções merece especial cuidado aquando da sua avaliação. A teoria de que o desconto é aplicado indiscriminadamente, sem ter em conta o seu destinatário, pode até verificar-se em termos contratuais. No entanto, isto não quer dizer que na prática, o comportamento adotado pela empresa em posição dominante se traduza, verdadeiramente, numa prática não discriminatória. Até porque, muitas vezes, esses descontos de quantidade podem esconder um verdadeiro acordo de exclusividade ou um desconto de lealdade, e isto merece atenção por parte da Comissão

¹² Esta é a qualificação encontrada em Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 381. No entanto, e numa qualificação que parece ser mais adequada ao tipo de descontos a que nos referimos: Alison Jones; Brenda Sufrin, 2014, p. 455. Aqui, os descontos *normalizados* são apelidados de *standardizados*.

¹³ Os descontos de quantidade são muitas vezes também apelidados de volume, consequência natural que resulta da sua própria definição. Neste sentido, cfr. Alison Jones; Brenda Sufrin, 2014, p. 484.

¹⁴ RIDYARD, Derek – *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuse Under Article 82 - An Economic Analysis* – European Competition Law Review, 2002, p.4.

¹⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 12/06/2014, *Intel/Comissão*, Proc. T-286/09, para. 75.

quando avalia este tipo de prática. Se alguma das situações anteriores se verificar, então poderemos estar no âmbito da violação regulada pelo artigo 102º do TFUE.

De qualquer forma, continua a existir, praticamente, uma presunção de que os descontos de quantidade serão conformes ao artigo 102º do TFUE.¹⁶ E por isso mesmo, quando uma empresa que domina o mercado, é acusada de abusar da sua posição dominante pela prática de descontos, argumenta muitas vezes que as práticas em causa são descontos de quantidade.

1.2.2. Descontos de fidelidade

Os descontos de fidelidade e os acordos de exclusividade são, normalmente, práticas associadas, pelas consequências similares que os dois tipos de comportamento acarretam. Aliás, o TJ chegou a fazer essa comparação no Acórdão *Hoffman-La Roche* ao determinar que, sendo os acordos de compra exclusiva considerados uma prática abusiva no âmbito do artigo 102º do TFUE (à data, artigo 86º do Tratado), os descontos de fidelidade, por terem o mesmo efeito, deveriam receber o mesmo tratamento¹⁷:

“A situação é idêntica quando a dita empresa, sem vincular os compradores através de uma obrigação formal, aplica, quer em virtude de acordos celebrados com os compradores quer unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade, isto é, de abatimentos ligados à condição de que o cliente — seja qual for o montante, considerável ou mínimo, das suas compras — se abasteça exclusivamente, na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades, junto da empresa em posição dominante.”

Os descontos de fidelidade traduzem um comportamento de uma empresa fornecedora que atribui um abatimento ao preço dos produtos encomendados pelo cliente, na condição de este comprar todos, ou praticamente todos os produtos que necessita àquele mesmo fornecedor.¹⁸

¹⁶ CHAN, Sunny S. H. – *Post Danmark II: per se unlawfulness of retroactive rebates granted by dominant undertakings* - European Competition Law Review, 2016, p. 2.

¹⁷ Cf. Acórdão do TJ de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche*, Proc. C-85/76, para. 89.

¹⁸ ELHAUGE, Einer; WICKELGREN, Abraham – *Robust Exclusion and Market Division Through Loyalty Discounts* – International Journal of Industrial Organization, 2015, p.111.

Os descontos de fidelidade como prática anti-concorrencial violadora do artigo 102º do TFUE e a conexão entre os acordos exclusivos ou de exclusividade, e os descontos com o mesmo efeito, serão tratados mais à frente. Aqui pretendemos apenas definir abreviadamente este tipo de comportamento. De facto, estes são os tipos de descontos que mais traduzem um comportamento abusivo por parte das empresas em posição dominante.¹⁹

1.2.3. Descontos alvo

Os descontos alvo, ou descontos por objetivos de venda, têm a particularidade de estar relacionados com um certo período de tempo, que serve como referência. O que se pretende é que o cliente, durante o período de tempo estipulado, atinja uma meta na encomenda da mercadoria. Se conseguir chegar a esse limite durante aquele hiato temporal, a empresa fornecedora concede um abatimento ao preço correspondente aquela mesma mercadoria.²⁰

A principal distinção entre este tipo de descontos e os descontos de quantidade (ou volume) é o período de referência que serve para o cálculo do abatimento: um exemplo muitas vezes utilizado é um desconto atribuído a qualquer cliente cujas compras, naquele ano, excedem a encomenda do ano anterior – o hiato temporal que serve de base à atribuição do desconto é o ano anterior. Outra característica que os distingue dos descontos de volume é que os sistemas de descontos deste tipo são mais especificamente focados no crescimento de vendas da empresa, já que baseiam o pagamento do desconto, a redução no preço, num crescimento relativo a compras do ano passado. O objetivo passa por induzir o cliente a tentar aumentar a quantidade de negócios que faz com o fornecedor.²¹

¹⁹ A jurisprudência já se debruçou sobre eles várias vezes, e o facto de estes serem o tipo de descontos que mais rapidamente assume uma vertente de exclusão da concorrência fez com que vários autores de Direito Europeu estudassem e se debruçassem sobre esta matéria. Por tudo isto, este trabalho dá especial relevância a este tipo de comportamento e às consequências que podem resultar para empresas que atuam, ou pretendem atuar ativamente no Mercado Europeu.

²⁰ Alison Jones; Brenda Sufrin, 2014, p. 455.

²¹ Derek Ridyard, 2002, p.5

1.2.4. Descontos multiprodutos

Este tipo de prática tem sido, ao longo dos anos, fruto de estudo e prolação quer por parte da Doutrina, quer por parte da jurisprudência Europeia. Aliás, este género de comportamento é cada vez mais corrente na prática comercial e, particularmente, concorrencial. Por isso mesmo, parece-nos relevante uma referência a este tipo de descontos.

Por descontos multiprodutos deve entender-se o abatimento efetuado a compras de produtos que são vendidos conjuntamente, ou seja, estarão em causa dois ou mais produtos de diferentes linhas e tipos comerciais, pertencentes a diferentes mercados, mas que por serem vendidos em conjunto, oferecem uma redução no preço ao consumidor.²² A soma dos preços dos produtos quando comprados separadamente será sempre maior que o preço oferecido pelo fornecedor na compra sincrónica. Daqui resulta que este tipo de esquemas poderá trazer um efeito exclusivista em vários mercados simultaneamente.²³

A Comissão, na Orientação sobre o Artigo 102º do TFUE²⁴, decidiu incluir os descontos multiprodutos no âmbito das vendas subordinadas e agrupadas. De facto, este tipo de descontos aplicam-se no âmbito deste tipo de prática de vendas, porque o que está em causa é a obrigação atribuída ao cliente mediante a qual, na compra de um determinado produto (produto subordinante), tem de adquirir também um outro produto (o produto subordinado) da empresa fornecedora, em posição dominante. Esta obrigação pode ser afastada por parte do comprador, se decidir adquirir apenas um dos produtos que a empresa fornecedora disponibiliza, ou se os decidir adquirir separadamente. No entanto, só se os produtos forem adquiridos em conjunto, o desconto é atribuído.

Ora, daqui resulta uma natural e superior dificuldade para as empresas que concorrem com a empresa dominante que pratica descontos multiprodutos: em primeira ordem porque a empresa em posição dominante atua, muitas vezes em mais do que um mercado de produtos, e os concorrentes conseguem oferecer apenas algum ou alguns dos componentes do grupo, o que acarreta uma maior probabilidade de existência de um

²² Imaginemos a título meramente exemplificativo: uma empresa que vende computadores e telemóveis. Se 100 computadores forem vendidos ao cliente, ser-lhes-á atribuído um determinado preço. No entanto, a empresa oferece um desconto se o cliente comprar, simultaneamente, um computador e um telemóvel.

²³ *Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates*, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 2008, p. 5.

²⁴ Cfr. Orientação sobre o Artigo 102º do TFUE, para. 59 a 61.

encerramento anti concorrencial. Em segundo, e consequentemente, porque, detendo a empresa em posição dominante um maior controlo de mercado e um maior domínio económico, permite-lhe uma redução de preços com a qual, uma empresa concorrente de menor dimensão e menor capacidade financeira não consegue combater e suportar.

2. A problemática dos descontos de fidelidade

Os descontos de fidelidade surgem muitas vezes associados a acordos exclusivos, que se podem traduzir em acordos de compra exclusiva ou acordos de fornecimento exclusivo.²⁵ Os descontos de fidelidade são uma das formas de atingir a exclusividade nas relações entre empresas, uma vez que, como já referimos anteriormente, este tipo de descontos são esquemas segundo os quais um empresa fornecedora atribui uma redução no preço dos produtos encomendados pelo cliente se, e só se se verificar a condição de esse mesmo consumidor se abastecer na totalidade, ou em grande parte dela, através daquele fornecedor. O Tribunal chegou a afirmar isto mesmo, ao concluir que os descontos de fidelidade têm os mesmo efeitos que acordos de compra exclusiva²⁶.

Este tipo de descontos têm sido discutidos na doutrina e jurisprudência, quer no que diz respeito às suas características, quer à sua forma da atuação, mas sobretudo, no que concerne às consequências resultantes da sua prática. É, no entanto, ponto assente, que os efeitos decorrentes da sua aplicação trazem, para o Direito da Concorrência benefícios e malefícios. Queremos com isto dizer que os descontos de fidelidade produzem efeitos anticoncorreciais, mas também efeitos pró-concorreciais.

²⁵ “Acordos de exclusividade são definidos como acórdãos que exigem a um comprador que adquira a totalidade ou uma grande parte das suas necessidades de um bem ou serviço a um fornecedor (dominante) ou a um fornecedor que venda a totalidade ou uma grande parte dos seus produtos a um comprador” - Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 359.

²⁶ Cfr. Ac. *Hoffman-La Roche*, para. 89.

2.1. As principais objeções e os principais efeitos anticoncorrenciais dos descontos de fidelidade

Existem, essencialmente, dois tipos de potenciais efeitos anticoncorrenciais criados por um sistema de descontos: a discriminação entre os clientes da empresa em posição dominante, através dos preços aplicados, e a exclusão de outros concorrentes que estão no mercado.²⁷

2.1.1. Discriminação e transparência de preços

Um dos principais efeitos anticoncorrenciais apontado aos descontos de fidelidade remonta à sua ligação à transparência de preços, ou por outro lado, a falta dela. É certo que os abatimentos que resultam da relação de fidelidade entre o fornecedor e o comprador representam uma forma de discriminação de preços no sentido que o valor apresentado aos vários consumidores é diferente²⁸ – varia consoante as suas compras e as suas necessidades, e o nexo que existe entre estes dois requisitos.

A discriminação de preços pode, no âmbito da alínea c) do artigo 102º do TFUE ser considerada como atuação abusiva por parte da empresa em posição dominante. Esta questão prende-se, essencialmente, com o facto de que os descontos de fidelidade podem tornar consideravelmente mais difícil para os consumidores a comparação de preços, porque estão, senão contratualmente vinculados, unidos, pelo menos, através de um compromisso, com a empresa que atribui o desconto. Isto faz com que, não só eles não sintam a necessidade de procurar outros fornecedores, como tendem a concluir que essa procura pode trazer implicações na atribuição do abatimento, fragilizando a relação entre fornecedor e cliente.²⁹ Se não existir um confronto de análise por parte dos clientes daquele fornecedor, com os concorrentes desse mesmo fornecedor, que se encontra numa posição dominante no mercado e que ofereceu um desconto em troca de lealdade, isso acabará por se traduzir, por parte dos concorrentes da empresa dominante, na competição com os preços por aquela oferecidos, como acabará por atribuir à

²⁷ PADILLA, J.; SLATER, D. – *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC* – in GCLC Research Papers on Article 82 EC, College of Europe, 2005, p. 96.

²⁸ BISHOP, Simon; WALKER, Mike – *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* – University Edition. Sweet & Maxwell, 2010, p. 250.

²⁹ Iliana Nunez Osorio, 2012, p.6.

empresa dominante, uma maior margem de manobra no que à transparência de preços diz respeito.

No entanto, esta discriminação de preços não necessita de se traduzir, necessariamente, num prejuízo para os consumidores ou um obstáculo à concorrência³⁰. Só se verificarão, verdadeiramente, danos a uma concorrência pelo mérito se, por um lado, existir uma redução significativa na variedade de oferta de produtos ou, por outro, a redução do número de concorrentes aumentar o poder unilateral da empresa em posição dominante que pratica o desconto, aumentando de igual modo, os preços acima dos níveis concorrências, conseguindo uma maior margem de lucro e facilitando assim uma estruturação baseada em práticas anti concorrências entre os vários fornecedores³¹.

2.1.2. Barreiras à entrada e exclusão de concorrentes

Para que um sistema de descontos crie, verdadeiramente, a possibilidade de exclusão do mercado para outros concorrentes, é necessário que o fornecedor em posição dominante detenha um poder de mercado considerável sobre uma parte significativa das necessidades do cliente, de forma a que os fornecedores concorrentes não tenham capacidade para satisfazer a totalidade das necessidades do comprador, e apenas a empresa dominante o consiga fazer³².

Tratando-se os descontos de fidelidade de descontos condicionais e, portanto, dependentes do alcance de uma meta estabelecida pela empresa fornecedora, este tipo de descontos criam uma espécie de “efeito de retenção”. Isto porque, se o cliente decidir transferir parte das suas necessidades para um concorrente e, consequentemente, não conseguir atingir os limiares estabelecidos pela empresa dominante, acabará por perder os descontos e abatimentos calculados para os produtos que comprara à empresa

³⁰ Esta é uma premissa seguida, sobretudo, por aqueles que seguem e estudam a vertente mais económica do Direito da Concorrência. Neste sentido, Simon Bishop; Mike Walker, p. 250. Os autores chegam a afirmar que “ É muitas vezes dito que a discriminação de preços não pode acontecer se o mercado for realmente concorrencial. Tal não é verdade, exceto na desinteressante visão segundo a qual uma indústria só é verdadeiramente competitiva se for “perfeitamente” competitiva num sentido teórico. (...) Na realidade, a discriminação de preços é frequente mesmo em indústrias que praticam uma concorrência efetiva.”

³¹ OECD (2003), *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, OECD JOURNAL: Competition Law and Policy, Vol. 5/2, p. 138.

³² Gianluca Faella, 2008, p. 379.

dominante³³, bem como daqueles que ainda iria usufruir até ao término do período de referência.

Através deste tipo de práticas, “torna-se (...) a produção ou distribuição dos concorrentes mais onerosa, dificultando-se-lhes a atuação no mercado e criam-se obstáculos à redução de preços. Simultaneamente, a empresa dominante consegue aumentar os seus próprios preços”.³⁴

2.2. Os efeitos pró-concorrenciais dos descontos de fidelidade

Embora os descontos de fidelidade e exclusividade possam produzir efeitos anticoncorrenciais - como podemos perceber pelo ponto anterior -, que acabam por ser prejudiciais quer para os concorrentes quer para os consumidores, eles têm, muitas vezes o efeito inverso, traduzindo-se em efeitos pró-concorrenciais no âmbito da concorrência, e efeitos positivos para o consumidor³⁵.

O primeiro e principal objetivo de uma empresa que introduz um esquema de descontos de fidelidade é aumentar o volume de vendas e, conseqüentemente, o lucro da empresa. Procurar fazer com que o cliente introduza na sua compra produtos adicionais aos que já faziam parte da compra inicial, de modo a aumentar a rentabilidade da empresa é uma motivação para todas as empresas. A presunção de que existem, verdadeiramente, efeitos motivacionais resultantes dos descontos de fidelidade é confirmada pelo facto de que esta prática é utilizada, não só por empresas em posição dominante, mas também por outros fornecedores que tentam competir³⁶.

Um dos primeiros efeitos pró-concorrenciais que podemos encontrar nestes tipos de descontos é a concessão de incentivos aos clientes da empresa fornecedora para que, sendo eles próprios distribuidores (clientes intermédios), aumentem também as suas vendas³⁷. O objetivo é que os clientes intermédios adicionem valor substancial aos produtos ou serviços que o fornecedor lhes propusera, facultando eles próprios serviços complementares adicionais.

³³ Gianluca Faella, 2008, p. 377

³⁴ PAIS, Sofia- Entre inovação e concorrência: Em defesa de um modelo Europeu. Universidade Católica Edições, 2011, p. 460.

³⁵ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 381.

³⁶ Simon Bishop; Mike Walker, 2010, p. 263.

³⁷ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 383.

Estes serviços complementares dos clientes da empresa fornecedora devem passar por uma maior publicidade na sua atividade comercial³⁸, promovendo o produto no próprio estabelecimento, disponibilizando informações detalhadas do produto do fornecedor ao consumidor final e, muitas vezes, fazendo demonstrações da utilização do produto ou serviço.³⁹

Este tipo de prática acaba por criar benefícios para a empresa fornecedora que, não só aumentará o volume de vendas, como consegue atuar em diferentes locais, de forma descentralizada, através dos clientes intermédios; mas também para o cliente fornecedor, que estabelecendo os termos em que devem ser praticados estes serviços complementares vai ter em consideração o seu próprio benefício marginal resultante do custo marginal do fornecimento daqueles serviços.⁴⁰

Por outro lado, a criação de um sistema de descontos de fidelidade, pode induzir os clientes da empresa fornecedora a, também eles, reduzirem o preço dos produtos ou serviços aos consumidores finais, evitando desta forma, a dupla marginalização⁴¹. Muitas vezes, o cliente da empresa fornecedora que aplica o sistema de descontos de fidelidade, adiciona uma margem ao preço dos produtos ou serviços quando definem os seus próprios preços. Ora, uma vez que o fornecedor, ao vender os produtos ou serviços ao seu cliente, já inclui para si uma margem de lucro, o consumidor final acaba por sofrer de uma dupla marginalização⁴².

Um sistema de descontos de fidelização, ao estabelecer uma meta a atingir, permite à empresa fornecedora calcular os seus preços mediante o custo marginal que o cliente fornecedor estabelecerá ao consumidor final, dando-lhe margem de manobra para, aumentando o volume de vendas, retirar igualmente a sua margem de lucro. Os clientes, ao saberem que a “chegada à meta” reduz o preço dos produtos ou serviços em causa, têm incentivos para moderar o preço das suas vendas aos consumidores finais,

³⁸ O Sistema de descontos de fidelidade tem, neste âmbito, uma outra particularidade: se, por exemplo, a empresa fornecedora tiver que investir na formação do seu cliente para que este possa vender o produto ou serviço ao consumidor final, e tal formação se revelar dispendiosa para a empresa fornecedora, é provável que se estabeleça uma relação de exclusividade entre o fornecedor e o cliente intermédio, assim existindo uma garantia maior de que o cliente se abastecerá exclusiva ou predominantemente naquele empresa fornecedora – Neste sentido, cfr. AHLBORN, Christian; BAILEY, David – *Discounts, Rebates and Selective pricing by dominant firms: A Trans-Atlantic Comparison* – European Competition Journal, 2006, pág. 108.

³⁹ Simon Bishop; Mike Walker, 2010, p. 264.

⁴⁰ *Discussion Paper*, 2005, p. 53, para. 173.

⁴¹ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 383.

⁴² Simon Bishop; Mike Walker, 2010, p. 265.

expandindo a empresa e aumentando, eles próprios, os volumes de vendas.⁴³ Além disso, os compradores sabem que a empresa fornecedora atribuiu sistemas de descontos semelhantes a diferentes clientes, o que assumindo um mercado a jusante competitivo, fará com que a baixa de preços chegue também aos consumidores finais.⁴⁴

Outro efeito pró concorrencial da concessão de um sistema de descontos de fidelidade é o da facilitação da recuperação de custos fixos operacionais.⁴⁵ Muitas empresas, no exercício da sua atividade, atingem elevados custos fixos e (relativamente) baixos custos marginais de fornecimento de produtos ou serviços. O que acontece é que, quando a empresa fornecedora tem dificuldade na recuperação desses custos fixos, ao enfrentar uma série de mercados ou segmentos de mercado onde vendem os seus produtos, é provável que a empresa fornecedora vá cobrar diferentes margens preço-custo nas diferentes operações e nos diferentes segmentos de mercado em que atua, traduzindo-se essa atuação numa discriminação de preços relativamente aos clientes. Mas isto permite ao fornecedor que, aquando do investimento necessário para a produção, tenha uma perspetiva de recuperação dos gastos inerentes.⁴⁶ Neste sentido, a aplicação de um sistema de descontos de fidelidade para a recuperação dos custos fixos da empresa pode configurar uma estratégia racional, particularmente de empresas com custos elevados e permitir encorajar assim novos investimentos em I&D⁴⁷ (Investigação e Desenvolvimento).

A alocação (afetação ou disponibilização) do risco também pode ser uma solução dos descontos de fidelidade para eventuais problemas. Muitas vezes, os fornecedores exigem um investimento significativo por parte do cliente (por exemplo, instalações em determinado local específico). Ou seja, o cliente tem que se deslocar para além daquilo que possa ser considerada uma “deslocação normal”, e pode perder com isso, portanto, tem que ser recompensado. Se a empresa dominante aplicar aos seus clientes um esquema de descontos de fidelidade, garante que o cliente lhe “pertence”, porque fica vinculado, mas o cliente também ganha através da redução do preço da

⁴³ Simon Bishop; Mike Walker, 2010, p. 266.

⁴⁴ Christian Ahlborn; David Bailey, 2006, p. 109.

⁴⁵ Derek Ridyard, 2002, p.7.

⁴⁶ Simon Bishop; Mike Walker, 2010, p. 266.

⁴⁷ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 383.

encomenda, ou seja, do desconto. Através da aplicação àquele cliente de um esquema de descontos de fidelidade, o risco acaba por ser partilhado entre o cliente e o fornecedor.⁴⁸

Resulta do exposto que, embora existam algumas consequências prejudiciais, quer para a concorrência, quer para os consumidores, resultantes da prática de esquemas de descontos por empresas que atuam no mercado europeu, não se pode negar que os benefícios também são alguns. As questões que se colocam são, então, as seguintes: estando em causa a prática de um sistema de descontos por parte de uma empresa em posição dominante no mercado, devemos considerar que estas práticas têm um efeito tão penoso e prejudicial para a concorrência e para os consumidores, que podem ser consideradas um abuso *per se*? Ou, por outro lado, cada caso deve ser julgado de forma individual, casuisticamente, mediante as características daquele caso em particular, para se identificar quaisquer efeitos de exclusão? Existe algum tipo de justificação para afastar a presunção de ilegalidade que parece recair sobre os sistemas de descontos? Estas questões serão analisadas à medida que vamos tecendo novas considerações sobre o assunto.

2.3. Justificações objetivas

A única forma de uma empresa em posição dominante, que pratica um esquema de descontos de fidelidade, escapar à condenação no âmbito do artigo 102º do TFUE, é através de uma justificação objetiva.⁴⁹

Apesar de este conceito não tenha nunca sido definido pela jurisprudência, o Tribunal invoca-o várias vezes, em muitos acórdãos⁵⁰. No entanto, conseguir provar a existência de uma justificação credível para o uso de descontos de fidelidade tem sido, até agora, uma tarefa difícil. Embora as empresas em posição dominante, acusadas de praticarem um abuso da sua posição de primazia, tenham já tentado, ao longo de

⁴⁸ Christian Ahlborn; David Bailey, 2006, pp. 108 e 109.

⁴⁹ Ou, demonstrando “que o seu comportamento é objetivamente necessário (...), ou que o efeito de eliminação que este comporta pode ser compensado, ou mesmo superado, por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor”. – Acórdão do TJ de 27 de Março de 2012, *Post Danmark/ Konkurrencerådet*, Proc. C 209/10, para. 41.

⁵⁰ Cfr, por exemplo: Acórdão do TJ, de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, Proc. 27/76, para. 184; Acórdão do TJ de 17 de Fevereiro de 2001, *TeliaSonera*, Proc. C-52/09, para. 31 e 75; Acórdão *Post Danmark* C 209/10, para. 40 a 42; Acórdão do TJ de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão*, Proc. C 95/04, para. 86; e, mais recentemente, Acórdão *Intel*, para. 94.

vários processos⁵¹, justificarem os seus comportamentos, tais justificações nunca foram aceites.⁵² Na prática, os esquemas de descontos concedidos por uma empresa que se encontra em posição dominante só parecem ser justificados quando estão condicionados à obtenção dos limites de volume de negócios estipulados e refletirem reduções de custo.⁵³

Segundo muitos autores, a ideia de justificação objetiva está ligada a um teste de proporcionalidade: a empresa em posição dominante deve demonstrar que a sua conduta é um meio proporcional para alcançar um objetivo legítimo.⁵⁴ Nas palavras de LUC GYSELEN, a problemática prende-se com a questão de conseguir circunscrever um teste de proporcionalidade no contexto do artigo 102º. A Comissão e o Tribunal teriam duas hipóteses: numa versão mais “suave”, mais ampla, aceitariam um balanço entre os ganhos de eficiência e o dano, real ou potencial, que se produziria na concorrência; numa conceção mais restrita, a empresa em posição dominante teria de demonstrar que o negócio não se realizaria sem a possível restrição da concorrência, ou seja, a empresa teria de demonstrar que a sua conduta seria necessária para uma competência pelo mérito e, como tal, a conduta aparentemente restritiva seria, no fundo, benéfica para o consumidor.

Obviamente que, ainda que esteja em causa um objetivo legítimo por parte da empresa, tal não tornará qualquer comportamento válido, pelo simples facto de que está a prosseguir um fim que nada tem de abusivo. Embora o objetivo não seja ilegítimo, tal não quer dizer que o meio utilizado não o seja também. No entanto, a jurisprudência não tem dado qualquer hipótese às empresas em posição dominante que adotam este tipo de práticas. Mesmo aqueles que acreditam que a Comissão e os Tribunais têm avaliado exaustivamente os modelos de justificação e benefícios para a concorrência

⁵¹ Veja, neste sentido, por exemplo, Acórdão do TPI, de 1 de Abril de 1993, *BPB Industries e British Gypsum*, Proc. T-65/89, para. 85.

⁵² GRAVENGAARD, Martin Andreas; KJAESGAARD, Niels - *The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance - and its consequences in practice* – European Competition Law Review, 2010, p.7.

⁵³ Gianluca Faella, 2008, p. 391.

⁵⁴ GYSELEN, Luc – *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?* – 8th EU Competition Law and Policy Workshop: “What is an Abuse of a Dominant Position?”, European University Institute 2003, p. 10. No mesmo sentido, por exemplo, Alison Jones; Brenda Sufrin, 2014, p.476.

apresentados pelas empresas em posição dominante, não se coíbem de mencionar esta questão.⁵⁵

Não obstante a exigência que a aceitação de uma justificação objetiva deverá comportar, parece-nos que também neste ponto o Tribunal deverá seguir num sentido mais abrangente – é necessária uma análise mais detalhada dos argumentos de eficiência para de facto, se poder avaliar concretamente a sua interferência na concorrência, nos seus rivais, e nos consumidores.⁵⁶⁵⁷

2.4. A novidade do *Discussion Paper*: o teste do concorrente igualmente eficiente

Conscienciosa a CE de que um esquema de descontos pode não só trazer efeitos anticoncorrenciais como consequências benéficas quer para a concorrência, quer para os consumidores, procurou dar resposta a estes problemas desenvolvendo um sistema económico de análise de descontos condicionais.⁵⁸ Assim, nasce em 2005, o *Discussion Paper*, documento elaborado pela Comissão, que dedica ao “teste do concorrente igualmente eficiente”⁵⁹ algumas páginas.

Segundo o parágrafo 63 do documento, um determinado comportamento pode ter efeitos de exclusão diferentes, dependendo do quão eficiente o concorrente é. Um concorrente muito eficiente pode ser capaz de prosperar num mercado onde a empresa dominante pratica determinados preços, enquanto um concorrente menos eficiente pode ser excluído do mercado. Nestes termos, a Comissão pretendia que só os comportamentos capazes de excluírem os concorrentes igualmente eficientes deveriam ser considerados abusivos.

⁵⁵ Neste sentido, cfr. WILS, Wouter P.J. – *The Judgement of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance* – World Competition, Vol. 37, Issue 4, 2014, p. 25.

⁵⁶ Neste sentido: Luc Gyselen, 2003, p. 11.

⁵⁷ Em estudos realizados a entidades reguladoras da concorrência e NGA’s (Non Governmental Advisers) de vários ordenamentos (em 2008, 33 países, e em 2009, 34 países), foi possível verificar que, para a maior parte delas, as justificações objetivas estão disponíveis para as empresas em posição dominante, considerando que os benefícios decorrentes da eficiência devem compensar os efeitos anticoncorrenciais. Cfr.: The Unilateral Conduct Working Group – *Report on single Branding/Exclusive Dealing* – International Competition Network, 2008, p. 3; The Unilateral Conduct Working Group – *Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws* – International Competition Network, 2009, p. 15.

⁵⁸ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 405.

⁵⁹ Em inglês utiliza-se a expressão: *as efficient competitor test* (AECT).

Daqui se pode depreender que, já nesta altura, a Comissão pretendia abandonar a condenação de um esquema de descontos apenas com base na sua forma e centrar-se no efeito que este tipo de práticas poderá ter, quer na concorrência, quer nos consumidores, a nível económico.⁶⁰ No entanto, há quem considere que o teste do concorrente igualmente eficiente não está apto para o objetivo de avaliar os descontos de fidelidade nos termos do artigo 102º do TFUE, sendo que a sua aplicação traria para o Direito da Concorrência consequências catastróficas. Segundo WOUTER WILS, a aplicação deste teste é muito dispendiosa e se a Comissão o utilizar de cada vez que está perante um caso de descontos vai ter que diminuir as suas intervenções, porque não terá recursos suficientes. Além disso, este teste iria tornar os processos muito demorados, sendo que o abuso da empresa em posição dominante iria continuar até à decisão. O autor mostra-se completamente contra a utilização deste teste no âmbito de um esquema de descontos, acrescentando que a sua realização segue profundamente em desacordo com aquela que é a filosofia subjacente ao TFUE, que visa um sistema de concorrência não falseada, porque não deixa o livre jogo da concorrência determinar se os produtores são ou não eficientes.⁶¹ Não podemos concordar com uma condenação tão drástica: a prática de um esquema de descontos por parte de uma empresa em posição dominante nem sempre se traduzirá num prejuízo direto aos seus concorrentes, como teremos oportunidade de verificar mais à frente, na análise de um caso concreto. O que o teste do concorrente igualmente eficiente traz é a oportunidade de uma empresa em posição dominante aplicar um sistema de descontos se isso não se traduzir em uma não concorrência total. No entanto, empresas mais pequenas, que não são igualmente eficientes, serão certamente prejudicadas, e esta é também uma situação que deverá ser estudada pela Comissão.

Existem dois casos muito recentes que fizeram referência a este teste. No Acórdão *Intel*, a Comissão analisou os dados mas concluiu, como habitualmente, pelo abuso no âmbito do artigo 102º. Ainda mais recentemente, na sua decisão no caso *Post Danmark/Konkurrencerådet*, o TJ referiu, mais uma vez: “A aplicação do critério dito «do concorrente igualmente eficaz» não constitui uma condição indispensável para verificar o carácter abusivo de um regime de descontos, à luz do artigo 82.º CE. Numa situação

⁶⁰ SUBIOTTO QC, Romano; LITTLE, David R.; LEPETSKA, Romi – *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts* - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 4, p. 282.

⁶¹ Wouter P.J. Wils, 2014, pp. 27-30.

como a do processo principal, a aplicação do critério dito «do concorrente igualmente eficaz» não é pertinente”.⁶²

3. A problemática dos descontos e acordos de exclusividade na jurisprudência da União Europeia

3.1. Acórdão *Hoffman-La Roche* ⁶³

O Acórdão *Hoffman-La Roche* foi um dos primeiros e principais casos, pelas suas conclusões, no que aos acordos de exclusividade diz respeito. A 13 de Fevereiro de 1979, o Tribunal de Justiça submeteu a atuação da *Roche* ao (agora) artigo 102º do TFUE, confirmando a anterior decisão da Comissão, pela celebração de contratos de compra e venda com vinte e dois importantes compradores de vitaminas através dos quais estes comprometiam abastecer-se em exclusivo, junto daquela empresa, para a totalidade ou para a maior parte das suas necessidades.⁶⁴

No parágrafo 89 do Acórdão, o TJ esclareceu que:

“[C]onstitui uma exploração abusiva de uma posição dominante na acessão do artigo [102ºTFUE], o facto de uma empresa que se encontra em posição dominante num mercado, vincular – embora a seu pedido – compradores através de uma obrigação ou promessa de se abastecerem exclusivamente, relativamente à totalidade ou a uma parte considerável das suas necessidades, junto da referida empresa, quer a obrigação em questão esteja estipulada, sem mais, quer seja a contrapartida da concessão de descontos.”⁶⁵

Segundo a Comissão, o regime de exclusividade imposto pela *Roche*, através de contratos e descontos de fidelidade, constituíam um abuso de posição dominante: primeiramente, porque as práticas em questão falseavam a concorrência ao eliminar a liberdade de escolha dos clientes ao impedi-los de comprar produtos a qualquer empresa

⁶² Ac. do TJ de 6 de Outubro de 2015, *Post Danmark/ Konkurrencerådet*, Proc. C-23/14, para. 75.

⁶³ Ac. *Hoffman-La Roche*.

⁶⁴ Cfr. Ac. *Hoffman-La Roche*, para.80.

⁶⁵ Adaptação feita por: Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 368.

concorrente da *Roche*, fazendo valer a exclusividade imposta⁶⁶; e em segundo lugar porque o sistema de descontos era intrinsecamente discriminatório.⁶⁷ As justificações utilizadas neste Acórdão, pela Comissão, foram precisamente as mesmas que foram utilizadas no caso *The European Sugar Cartel Case*.⁶⁸

Como já referido *supra*⁶⁹, foi também neste Acórdão⁷⁰, que o TJ equiparou os acordos de compra exclusiva aos descontos de fidelidade que, embora não contenham uma obrigação formal, conseguem os mesmos resultados devido ao sistema de incentivos financeiros que induzem à exclusividade.⁷¹ Através deste ponto, o TJ deixou bem claro que a proibição de descontos de fidelidade está diretamente relacionada com a lei que proíbe os acordos de compra exclusiva. Esse comportamento considera-se abusivo quando o incentivo da empresa dominante, mediante a estipulação de descontos de fidelidade, para que o cliente lhe compre a totalidade ou a maior parte das suas necessidades, é tão grande e persuasivo que tem o mesmo efeito que uma estipulação contratual de um acordo de compra exclusiva teria.⁷²

Em sua defesa, a *Roche* alegou que o que estava em causa naquele caso eram descontos de quantidade, calculados tendo em conta o volume de compras efetuadas por cada cliente.⁷³ O TJ procedeu então a uma distinção entre os descontos de fidelidade e os descontos de quantidade⁷⁴, recusando o argumento utilizado pela *Roche*, e sublinhando o efeito de exclusão que um desconto de fidelidade assume ao “impedir o abastecimento dos clientes junto dos produtores concorrentes através de uma vantagem financeira”. Para além disso, o tribunal considerou que, relevante não era o máximo da quantidade comprada, mas antes o máximo das necessidades do comprador, não sendo,

⁶⁶ O TJ seguiu no mesmo sentido da Comissão, ao estabelecer no parágrafo 90 que “os compromissos de abastecimento exclusivo (...), com ou sem a contrapartida de descontos ou a concessão de descontos de fidelidade destinados a incentivar o comprador a abastecer-se exclusivamente junto da empresa em posição dominante, são incompatíveis com o objetivo de uma concorrência não falseada no mercado comum, porque não se baseiam (...)— numa prestação económica que justifique este encargo ou esta vantagem, mas destinam-se a retirar ou restringir a possibilidade de escolha do comprador relativamente às fontes de abastecimento e impedir a entrada dos outros produtores no mercado” – Cfr. Ac. *Hoffman-La Roche*, para.90.

⁶⁷ SILVA, Miguel Moura e - *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*- Almedina, 2010, pág. 171 e 172.

⁶⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de março de 2004, *British Sugar/Comissão*, Proc. C-359/01-P.

⁶⁹ Cfr. *Supra* ponto 1.2.1.2.

⁷⁰ Ac. *Hoffman-La Roche*, para.80.

⁷¹ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 368.

⁷² WISH, Richard; BAILEY, David – *Competition Law* – Oxford Oxford University Press, 7ª Edição,, 2012, pág. 730.

⁷³ Ac. *Hoffman-La Roche*, para.92.

⁷⁴ Ac. *Hoffman-La Roche*, para.100.

portanto, exigível a exclusividade total, mas sim a maior parte das necessidades daquele.⁷⁵

O TJ, numa última justificativa, acrescenta ainda que “estas práticas visam reforçar a posição dominante de uma empresa detentora dessa posição, em especial, num mercado em expansão, mediante uma concorrência que não está baseada em prestações e, conseqüentemente, falseada”.⁷⁶

Daqui resulta que a apreciação do Tribunal baseou as suas conclusões numa abordagem formalista, analisando o sistema de descontos praticados pela empresa em posição dominante através de uma categorização abstrata, não tomando em consideração os efeitos concretos dos mesmos.⁷⁷

O que parece resultar deste caso é que o TJ impôs a consagração da prática de acordos de exclusividade ou descontos com o mesmo género de efeito como abusiva. Ou seja, se uma empresa em posição dominante decidir estabelecer com um ou vários clientes compradores qualquer tipo de prática que resulte numa relação de exclusividade entre fornecedor e comprador, tal comportamento deve ser considerado, por si só, um abuso.⁷⁸

No caso *Hoffman-La Roche*, a determinação do Tribunal relativamente à ilegalidade dos descontos de fidelidade em causa pode ter sido justificável, uma vez que a atuação da *Roche* se destinava, de facto, a uma obrigação de exclusividade total (ou quase) de compra, camuflada pela alegada prática de descontos de quantidade. No entanto, os argumentos utilizados pelo TJ neste caso acabaram por servir quase como que “presunções” base para a ilegalidade de um sistema de descontos.

Como refere LUC GYSELEN, embora no caso do Acórdão *Hoffman-La Roche* estejam em causa descontos alvo combinados com um acordo de exclusividade, não se deve interpretar os parágrafos do acórdão, nomeadamente o parágrafo 100 – que estabelece em que termos deve atuar um sistema de descontos de quantidade –, uma

⁷⁵ Ac. *Hoffman-La Roche*, para.83, alíneas c) e d), e para. 89, segunda parte.

⁷⁶ Ac. *Hoffman-La Roche*, para.90.

⁷⁷ Miguel Moura e Silva, 2010, pág. 173.

⁷⁸ Alison Jones e Brenda Sufrin, 2014, p. 458.

proibição pura e simples de sistemas de descontos que atuem despojados de qualquer intenção de exclusividade.⁷⁹

3.2. Acórdão *British Airways*⁸⁰

É importante notar, desde já, que o que está em causa neste caso não será propriamente um esquema de descontos, mas antes a atribuição de prémios. No entanto, o tribunal equiparou-os, e existem mesmo autores que atribuem a qualificação de descontos àquela prática.⁸¹

A *British Airways* é uma companhia aérea do Reino Unido (a maior, aliás, o que se traduzia numa clara posição dominante da empresa), que estabeleceu com as agências de viagens do país vários tipos de acordos que se traduziam em benefícios financeiros para as mesmas. Estava em causa a atribuição de um direito de comissão de base sobre as vendas de bilhetes, realizados pelas agências, para os voos da *BA*, acordos de marketing, acordos globais e prémios de resultados.⁸²

Apresentada a denúncia por parte de uma outra companhia aérea, concorrente da *BA*, a *Virgin Airways*,⁸³ a Comissão procedeu a uma análise intensiva do modo de funcionamento deste incentivos financeiros por parte da *BA*, a fim de decidir sobre a sua legalidade, ou não.⁸⁴ O Tribunal e a Comissão decidiram no mesmo sentido, ao considerarem tratar-se de um comportamento claramente abusivo por parte da *BA*, fazendo valer-se do seu domínio no mercado, para praticar atos que levariam a uma

⁷⁹ Luc Gyselen, 2003, p.17.

⁸⁰ A decisão condenatória do Tribunal de Primeira Instância (TPI), data de 10 de Dezembro de 2003, Proc. T-219/99, *British Airways c. Comissão*. No entanto, a *BA* recorreu para o Tribunal de Justiça, e daqui resultou o Acórdão *British Airways*. Muito recentemente, a 16 de Dezembro de 2015, a *BA* foi mais uma vez parte de um processo onde estava em causa a sua participação em cartéis.

⁸¹ É o caso de Miguel Moura e Silva em Miguel Moura e Silva, 2010.

⁸² Os três últimos são os que têm relevância para o tema aqui abordado, e por isso mesmo, não voltaremos a falar do primeiro.

⁸³ A *Virgin Airways* chegou a fazer uma outra denúncia sobre a *BA* nos Estados Unidos, alegando que “os descontos praticados pela segunda seriam predatórios, (...) na medida em que os incentivos concedidos levavam a vendas abaixo do custo incremental de transportar mais passageiros” – Cfr. Miguel Moura e Silva, 2010, pág. 187, nota de rodapé nº 238. No entanto, o caso nos Estados Unidos chegou ao fim, através de uma rejeição sumária do Tribunal, que considerou que a *Virgin Airways* não havia feito prova que o sistema de descontos em causa havia sido prejudicial para os consumidores – Cfr. Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 391, nota de rodapé nº 989.

⁸⁴ No nº 96 dos seus fundamentos a Comissão “Afirmou que, ao recompensar a fidelidade das agências de viagens e ao efetuar uma discriminação entre elas, este comportamento abusivo tinha por objeto e efeito excluir concorrentes da *BA* dos mercados do transporte aéreo do Reino Unido.”- Ac. *British Airways*, para. 11.

exclusão concorrencial através, quer da discriminação⁸⁵, quer da recompensa de fidelização das empresas à *BA* vinculadas.⁸⁶

O Tribunal baseou-se, ao longo da sua apreciação, em dois acórdãos anteriores,⁸⁷ para a justificação do abuso de posição dominante: por um lado o Acórdão *Hoffman-La Roche*, que estudamos no ponto anterior, e por outro, o Acórdão *Michelin I*.⁸⁸

O primeiro serviu, principalmente, para colocar de lado a possibilidade de tratar este tipo de práticas como as do Acórdão *Hoffman-La Roche* – ou seja, considerou o TG não estar aqui em causa descontos de fidelidade condicionados à aquisição em exclusivo junto da empresa dominante.⁸⁹ No entanto, o Tribunal considerou que os regimes de prémios em causa tinham, como alegara a Comissão, um carácter fidelizador.⁹⁰

O último serviu como termo de comparação, embora neste caso se tratasse de prémios e não, propriamente de descontos, estabelecendo o Tribunal que: “para examinar o eventual carácter abusivo, no caso de uma empresa em posição dominante, (...) importa, antes de mais, verificar se estes descontos ou prémios podem ter um efeito eliminatório, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os co-contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais.”⁹¹ E, continuando a servir-se dos critérios utilizados no caso *Michelin I*, o Tribunal, ao constar que a *BA* desenvolvera esquemas de prémios de forma individualizada, ligados ao crescimento do volume de negócios durante um determinado período de tempo dos agentes de viagens, e que esses mesmos esquemas funcionavam de forma retroativa, concluiu pela ilegalidade do comportamento da *BA* ao abusar da sua posição dominante no mercado, o que se

⁸⁵ As metas estabelecidas pelo sistema introduzido pela *BA* permitiam que mesmo que dois clientes comprassem exatamente a mesma quantidade à *BA*, conseguissem pagar preços diferentes: Cfr. GREENLEE, Patrick; REITMAN, David – *Distinguishing Competitive and Exclusionary uses of Loyalty Discounts* – The Antitrust Bulletin: vol.50, no. 3, 2005, pág. 447

⁸⁶ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 391.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, *British Airways c. Comissão*, Proc. C-95/04 P.

⁸⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão*, Proc. C-322/81.

⁸⁹ Miguel Moura e Silva, 2010, p.187.

⁹⁰ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 391.

⁹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, *British Airways c. Comissão*, Proc. C-95/04 P, para. 68.

traduziu, em unísono com o que havia já sido indicado pela Comissão, numa exclusão de concorrentes igualmente eficientes.⁹²

No entanto, apesar desta decisão do Tribunal, foi estabelecido pelo mesmo uma das premissas mais importantes no que ao abuso de posição dominante através de descontos diz respeito: confirmando-se a possibilidade de produção do efeito de exclusão de concorrentes da empresa dominante do mercado,⁹³ é necessário verificar-se se essa prática (esquemas de descontos ou, no caso, regimes de prémios) poderá ser objetivamente e economicamente justificável.⁹⁴

Este passo dado pela Tribunal demonstra uma evolução Jurisprudencial relativamente, por exemplo, ao caso *Hoffman-La Roche*. Se a empresa em posição dominante conseguir demonstrar⁹⁵ que praticou uma concorrência pelo mérito, e que a sua atividade, naqueles termos, é mais eficiente, tem melhores preços ou melhores produtos, não deverá ser julgada, pura e simplesmente, pela prática de um esquema de descontos.⁹⁶ Isto sugere que nem todos os descontos são abusos *per se*. Obviamente, a *BA* não conseguiu demonstrar objetivamente uma justificação, como o Tribunal exigira.

Não obstante, a *BA* alegou e conseguiu demonstrar, no entanto, que a sua atuação não se traduzira num impacto negativo na concorrência ou nos consumidores: os seus principais concorrentes, durante o período de tempo em que *BA* praticou os regimes de prémios, aumentaram a sua quota de mercado. A Comissão, confirmou a alegação dos recorrentes, mas não se conformou: segundo esta, o aumento da quota de mercado dos concorrentes da *BA* só demonstra que “teriam um êxito ainda maior caso não existissem estes regimes de comissão abusivos”.⁹⁷

Este caso foi sujeito a alguma discussão na doutrina: antes do recurso da *BA* para o TJ, ou seja, depois da decisão do TPI, o tema dos descontos foi debatido intensivamente, bem como a abordagem feita pela Comissão sobre o assunto. Daqui

⁹² Richard Wish; David Bailey, 2012, p. 734.

⁹³ O Tribunal estabeleceu aqui uma espécie de teste com dois passos: primeiro a possibilidade de exclusão, e segundo, a possibilidade de justificação objetiva: Cfr. Gianluca Faella, 2008, p. 396.

⁹⁴ Ac. *British Airways*, para. 69.

⁹⁵ “É necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta deste regime, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor. Se o efeito eliminatório deste regime não apresenta qualquer relação com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter tais vantagens, tal regime deve ser considerado abusivo.” – Ac. *British Airways*, para. 86.

⁹⁶ Miguel Moura e Silva, 2010, p. 188.

⁹⁷ Decisão da Comissão de 14 de Julho de 1999 relativa a um processo nos termos do artigo 82 do Tratado CE: *IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways*, 2000/74/CE, para. 107.

resultou um consenso geral segundo o qual deveriam ser realinhados e revistos os pressupostos adquiridos sobre a ilegalidade da prática de descontos, para que passasse a existir uma maior preocupação com os descontos em vez de com a análise formalista e baseada em presunções.⁹⁸ Em 2005 nasce, então, o *Discussion Paper*.⁹⁹

Embora a Comissão tenha, pelo menos aparentemente, ficado convencida da necessidade dar relevo ao bem-estar do consumidor, criando, aliás, uma forma inovadora de avaliar os efeitos de exclusão ao longo do *Discussion Paper*, o julgamento do TJ foi no mesmo sentido quer do TPI, quer da Comissão, anteriormente formulados.

Relativamente ao argumento da Comissão, que alegara que o facto de os concorrentes da *BA* terem conseguido aumentar a sua quota de mercado não implicaria uma não produção de efeitos dos esquemas de prémios e descontos praticados pela empresa dominante, já anteriormente referido, e que fora confirmado pelo Tribunal, referindo-se este, mais uma vez, à suficiência da mera possibilidade de restrição da concorrência, foi alvo de discórdia de muitos autores. SIMON BISHOP e MIKE WALKER¹⁰⁰ chegam a apelidar a afirmação da Comissão como “absurda”, considerando que se o problema que se colocava naquele caso passava pela exclusão de empresas concorrentes, o aumento das suas quotas de mercado só demonstrava a sua não exclusão do mercado da concorrência. Além disso, os autores defenderam que a presunção que deveria operar neste sistema, deveria seguir em sentido precisamente oposto: quando as quotas de mercado dos concorrentes da empresa dominante aumentam, deveria existir a presunção, ainda que relativa e refutável, de que o esquema de descontos de fidelidade implantado não produz qualquer efeito de exclusão.¹⁰¹

3.3. Acórdão *INTEL*

Em Maio de 2009, a Comissão condenou a *Intel* numa multa de 1.6 biliões de euros, a maior multa alguma vez aplicada a uma única empresa, por um abuso de posição dominante no mercado relativamente a unidades centrais de processamento de

⁹⁸ Alison Jones; Brenda Sufrin, 2014, p. 470.

⁹⁹ *Discussion Paper*, 2005, pp. 39 a 54.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p.394; Richard Wish; David Bailey, 2012, p.734.

¹⁰¹ Simon Bishop e Mike Walker, 2010, p. 262.

computadores (aquilo a que, comumente apelidamos de CPU).¹⁰² Em causa estaria a prática, por parte da *Intel*, empresa dominante no mercado, de “restrições diretas” e descontos condicionais de vários tipos.

No caso, a *Intel* concedeu descontos a cinco grandes fabricantes de equipamento informático¹⁰³, bem como pagamentos à MHS, distribuidor europeu de aparelhos microeletrónicos e primeiro distribuidor europeu de computadores de escritório.¹⁰⁴ Relativamente às primeiras cinco empresas, o esquema de descontos ser-lhes-ia aplicado se estas lhe adquirissem os CPUs que necessitavam de forma exclusiva, ou praticamente exclusiva. Quanto à MHS, os pagamentos estavam dependentes da venda exclusiva de computadores com processador marca *Intel*. A Comissão considerou então, que: “(...) Os descontos concedidos pela *Intel* constituem descontos de fidelidade. No que diz respeito aos pagamentos sob condição da *Intel* à MSH, a decisão impugnada declara que o mecanismo económico desses pagamentos é equivalente ao dos descontos concedidos aos OEM”.¹⁰⁵

Uma terceira prática da *Intel* foi chamada ao processo pela Comissão: a prestação de vantagens financeiras para alguns dos OEMs em troca do compromisso de cancelar, atrasar ou restringir a venda de equipamento específico que tinha sido produzido com chips feitos pela concorrente AMD.¹⁰⁶ Segundo o Tribunal, existem outros sistemas de descontos que, embora não estejam diretamente ligados a uma exclusividade de fornecimento junto da empresa dominante, podem também revestir um efeito fidelizador. Assim, enquanto que para os outros tipos de descontos basta que não exista uma justificação objetiva, para saber se este tipo de esquemas constituem um abuso de posição dominante, é necessário “apreciar todas as circunstâncias, nomeadamente os testes e as modalidades da concessão de descontos, e examinar se esses descontos se destinam, através de uma vantagem que não assenta em qualquer prestação económica que a justifique, a retirar ao comprador ou a restringir-lhe a possibilidade de escolha no que respeita às suas fontes de abastecimento, impedir o acesso ao mercado aos

¹⁰² ORDOVER, Janusz A.; SHAFFER, Greg – *Exclusionary discounts* – International Journal of Industrial Organization, 2013.

¹⁰³ Estes cinco grandes fabricantes – Dell, HP, Acer, NEC e IBM – faziam parte do grupo OEM (Original Equipment Manufacturer) – Ac. *Intel*, para. 7.

¹⁰⁴ Ac. *Intel*, para. 5.

¹⁰⁵ Ac. *Intel*, para. 29.

¹⁰⁶ NIHOUL, Paul – *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?* – Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 8, p. 522.

concorrentes ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada”.¹⁰⁷ No entanto, para os Tribunais, os três tipos de esquemas utilizados pela *Intel* devem ser sujeitos ao mesmo tratamento.

Em 2014, o Tribunal negou provimento ao recurso da *Intel* e confirmou a decisão da Comissão, que anteriormente havia condenado a *Intel* numa multa superior a um bilião de euros.¹⁰⁸ Os descontos de fidelidade foram mais uma vez condenados como um abuso *per se* – a única alteração manifesta foi na expressão utilizada: até então, o Tribunal apelidava este tipo de descontos como descontos de fidelidade, e neste Acórdão passou a trata-los como “descontos de exclusividade”.¹⁰⁹

Ao longo do Acórdão pode ler-se, relativamente aos descontos concedidos à Dell, HP, NEC e Lenovo, o seguinte:

“Este tipo de descontos, ao qual a Comissão se refere na expressão «descontos de fidelidade no sentido da jurisprudência Hoffmann-La Roche», será designado seguidamente «descontos de exclusividade». (...) Esses descontos de exclusividade, concedidos por uma empresa em posição dominante, são incompatíveis com o objetivo de uma concorrência não falseada no mercado comum, porque não assentam — salvo circunstâncias excecionais — numa prestação económica que justifique esse benefício financeiro, mas destinam-se a retirar ao comprador ou limitar-lhe a possibilidade de escolha no que respeita às suas fontes de abastecimento e a impedir a entrada no mercado aos outros produtores. (...) Este tipo de descontos constitui um abuso de posição dominante se não existir uma justificação objetiva para a sua concessão.(...) Os descontos de exclusividade concedidos por uma empresa em posição dominante têm pela sua própria natureza capacidade para restringir a concorrência e afastar concorrentes do mercado”.¹¹⁰

Muitos autores, antes da decisão do Tribunal, em 2014, depositavam neste caso a esperança de que seria aqui que o Tribunal iria fazer valer o *Discussion Paper*, a Orientação da Comissão sobre o artigo 102º TFUE, o teste do concorrente igualmente eficiente, e decidir num sentido mais económico como há muito tempo era

¹⁰⁷ Ac. *Intel*, para. 78.

¹⁰⁸ SUMMARY OF COMMISSION DECISION of 13 May 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37990 – *Intel*), p.7.

¹⁰⁹ PETIT, Nicholas - *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102* – Social Science Research Network, 2015, p. 8.

¹¹⁰ Ac. *Intel*, para. 76, 77, 81, 85.

reclamado.¹¹¹ Embora a Comissão tenha utilizado o *AEC Test*, esta afirmou na sua decisão que o documento de Orientação não seria aqui ainda aplicável, uma vez que a Orientação é para processos futuros, e não processos existentes à data, tendo, no entanto, considerado que esta decisão estaria em conformidade com as orientações estabelecidas no documento de Orientação.¹¹² A análise, no caso, levou em consideração três fatores: a quota contestável (a quantidade de requisitos de compra de um cliente que pode realisticamente ser transferido para um novo concorrente em um determinado período), um período de tempo relevante (no máximo um ano) e uma medida relevante do custo viável (o custo evitável médio). A Comissão considerou que, para que um concorrente igualmente eficiente pudesse compensar os OEM pela perda de descontos condicionais que a *Intel* atribuía, bem como a MSH pelos pagamentos, teria que colocar os preços dos seus processadores abaixo do custo evitável médio.¹¹³

Daqui resulta que, para o TG, não há necessidade de estabelecer, com o auxílio de instrumentos económicos específicos, para que a prática seja considerada abusiva, um efeito concreto. Basta, que seja capaz, eventualmente, de produzir esse efeito, independentemente da existência de efeitos anticoncorrenciais concretos. Da mesma forma, não é necessário que um concorrente seja, efetivamente, excluído do mercado. Para os Tribunais Europeus, as práticas de exclusão são abusivas quando as empresas dominantes têm a capacidade para excluir o concorrente, mesmo que o resultado pretendido não seja conseguido - no todo ou em parte.¹¹⁴

A problemática que surge com o Acórdão *Intel* não é nova: estará em causa, mais uma vez, uma avaliação do Tribunal baseada na forma das práticas utilizadas pela *Intel*, o que se traduziu numa atribuição “gratuita” de um comportamento como abusivo, ou seja, *per se*? Ou terá o Tribunal evoluído, no sentido de dar mais ênfase, não à forma, mas ao efeito da prática? É que a decisão deste caso é póstuma quer ao *Discussion Paper*, que traz uma abordagem mais centrada no efeito da prática de descontos do que na sua forma, quer à *Orientação sobre o artigo 102º TFUE*, que resumiu e simplificou a forma de atuação da Comissão presente no primeiro documento, baseando-a na determinação da “parte contestável” e da “parte não contestável”.

¹¹¹ PEEPERKORN, Luc; ROUSSENA, Ekaterina – *Article 102 TFEU: Exclusive Dealing and Rebates* - Journal of European Competition Law & Practice, 2011, Vol. 2, No. 1, p. 136.

¹¹² Alison Jones; Brenda Sufrin, 2014, p. 483.

¹¹³ ALLIBERT, Brice; *et al.* - *Commission finds abuse of dominance in the Intel case* - Competition Policy Newsletter, No. 3, 2009, p. 33.

¹¹⁴ Paul Nihoul, 2014, pp. 523 e 524.

Esta decisão do Tribunal dividiu, mais uma vez a Doutrina.¹¹⁵ O facto de um sistema de descontos acarretar, como já vimos, efeitos pró e anticoncorrenciais faz com que a abordagem utilizada pelas instituições europeias seja fortemente criticada por advogados e economistas.¹¹⁶

De um lado da doutrina, autores como WOUTER WILS e RICHARD WISH, que num comentário à atuação do Tribunal no caso *Intel*, considerou a decisão “um juízo perfeitamente sensato”. Segundo esta vertente doutrinal, as acusações feitas à atuação do Tribunal baseada na forma, ao invés de baseada no efeito, não convence: segundo estes autores, todas as leis são, naturalmente, formais. Além disso, no que diz respeito à “suposta” qualificação dos descontos de exclusividade como uma ilegalidade *per se* traduzida pelo caso *Intel*, o que acontece é “uma inversão do ónus da prova, para que a empresa em posição dominante possa apresentar uma justificação objetiva”. Relativamente à falta de consideração pelo teste do concorrente igualmente eficiente, RICHARD WISH considera que o que está em causa, no caso, é a exclusividade do sistema utilizado pela *Intel*, e não os preços praticados, pelo que a Comissão estaria a fazer exatamente o que prometera com o documento de Orientação, razão pela qual não existiriam “casos de descontos a serem investigados pela Comissão”, naquele momento.¹¹⁷ O autor não levou em consideração o caso *Post Danmark II*, a decorrer à data da publicação daquele artigo, e que só fora decidido no final de 2015. WOUTER WILS está completamente de acordo com a proibição de prática de descontos de exclusividade, desvalorizando, como já referimos num ponto anterior, a aplicação de um teste como o AECT a este tipo de comportamento.

Do outro lado, com aqueles que seguem uma alteração substancial da visão do Tribunal sobre os esquemas de descontos, a decisão foi submetida a críticas consideráveis, com o fundamento de que a teoria do dano que a Comissão invoca em relação ao efeito dos descontos é altamente especulativa, que a análise e evidências falham, e que a análise de “prejudicarem a concorrência e os consumidores” é inteiramente teórica. DAMIEN GERADIN chega a insinuar que as alegações da

¹¹⁵ Segundo Nicolas Petit, a própria CE não se encontra em uníssono relativamente à decisão da Comissão: “Num artigo recente, o auditor Wouter Wils elogiou o Tribunal pela sua atuação no caso *Intel*. Por outro lado, Luc Peepkorn, analista sénior caracterizou o julgamento da *Intel* como ‘errado’”: Nicholas Petit, 2015, p. 2.

¹¹⁶ O'DONOGHUE, Robert; PADILHA, Jorge – *The Law and Economics of Article 102 TFEU* – Oxford: Hart, 2013, p. 462.

¹¹⁷ WISH, Richard - *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!* - Published by Oxford University Press 2014, Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 1, p. 1 e 2.

Comissão podem ter sido tendenciosas. Segundo o autor, cada questão duvidosa colocada à *Intel* vai contra ela, ou seja, a Comissão não pretendeu apenas perguntar, insinuou o abuso por parte daquela empresa; cada dedução parece ser tratada como se a *Intel* fosse já considerada culpada; e, por último, a decisão fala de um fracasso da *Intel* para “refutar conclusivamente” as indicações da Comissão, parecendo que o ónus da prova, que em princípio recai sobre a Comissão, neste caso, está do lado oposto.¹¹⁸ Para esta corrente doutrinal as decisões do Tribunal no caso *Intel* são infelizes: tratam-se de proposições fundamentalmente doentias, formalistas e absolutamente erradas.

Em resposta ao artigo de WISH, BRIAN SHER considera a atuação do Tribunal “pouco conseguida”: a justificação objetiva que está à disposição da empresa dominante, que no contexto significa eficiências, têm sido interpretadas restritivamente pela Comissão e pelos Tribunais, e se assim continuar, provavelmente nunca serão aceites.¹¹⁹

No mesmo sentido, DEREK RIDYARD considera que, ainda que os descontos de exclusividade possam ter maior potencial para carregar efeitos negativos sobre a concorrência, quando praticados por empresas em posição dominante, nada justifica a sua qualificação como abuso *per se*: pode sempre existir alguma explicação ou justificação que se mostre favorável para a concorrência e para os consumidores, e a empresa deve ser sempre avaliada pelo seu mérito. Além disso, ainda que se possa considerar que ao longo dos vários casos analisados pela Comissão e pelo Tribunal, as empresas em posição dominante sempre abusaram da sua supremacia, tal não significa que esse comportamento abusivo se aplique a todas as empresas dominantes que utilizam este tipo de descontos, ou a todas aquelas que ainda podem vir a adotar.¹²⁰

Ainda no seguimento desta corrente, no parâmetro relativo à utilização do teste do concorrente igualmente eficiente, e a sua não obrigatoriedade de uso para avaliação por parte da Comissão, ROBERT O'DONOGHUE e JORGE PADILHA consideraram esta atuação uma “abordagem esquizofrénica”. Segundo os autores, é inútil avançar com uma importante mudança na política de descontos, como foi o *Discussion Paper* e a

¹¹⁸ GERADIN, Damien – *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?* – Journal of European Competition Law and Practice 9, 2009, p. 23.

¹¹⁹ SHER, Brian - *Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel* - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 4., p.219 e 220.

¹²⁰ Derek Ridyard, 2002, pp. 12 e 13

Orientação da Comissão sobre o artigo 102 TFUE, e depois retroceder ao serem tomadas decisões como as do caso *Intel*.¹²¹

Pelo exposto é possível perceber que, embora os Tribunais Europeus e a Comissão não desconsiderem a relevância económica deste tipo de práticas, talvez não estejam ainda preparados para uma concorrência baseada maioritariamente em efeitos, na vez da forma.

3.4. Acórdão *Post Danmark II*¹²²

O acórdão *Post Danmark II* é o caso em que o TJ se pronunciou mais recentemente, em matéria de descontos. Em causa estava um litígio resultante de uma acusação feita pela *Bring Citymail Danmark A/S*, concorrente da *Post Danmark*, que se encontrava em posição dominante no mercado dinamarquês, encarregada do serviço postal universal de distribuição em todo o país, e controlada pelo Estado. O caso retratava a aplicação de um sistema de descontos retroativos por parte da *Post Danmark*, “aplicável a toda a correspondência publicitária com a morada do destinatário, independentemente de ser ou não abrangida pelo monopólio da *Post Danmark*, e de a distribuição ter lugar ou não em zonas não abrangidas por outros operadores.”¹²³

Depois da decisão apresentada pelo Conselho da Concorrência Dinamarquês, a 24 de Junho de 2009¹²⁴, e da decisão da Comissão de Recurso em Matéria da Concorrência, de 10 de Maio de 2010, que consideraram a existência de um abuso de posição dominante, a *Post Danmark* levou o processo para o Tribunal Marítimo e Comercial, que em sede de reenvio apelou ao TJ, no sentido de ver esclarecidas três questões relativamente aos sistemas de descontos, não por esta ordem: a primeira relativa às orientações a serem utilizadas para constituição de um abuso de posição dominante segundo uma prática de descontos como a do caso e se o teste do concorrente igualmente eficiente será condição necessária e/ou suficiente para provar a existência do

¹²¹ Robert O’donoghue; Jorge Padilha, 2013, p. 464.

¹²² Ac. *Post Danmark II*, Proc. C-23/14.

¹²³ Ac. *Post Danmark II*, para. 9.

¹²⁴ O Conselho da Concorrência Dinamarquês considerou existir um abuso de posição dominante no mercado da distribuição de envios postais em massa pela aplicação de um sistema de descontos que “tiveram por efeito fidelizar clientes e «bloquear» o mercado, sem poder provar a existência de ganhos de eficiência para os consumidores que pudessem sobrepor-se aos efeitos anticoncorrenciais dos referidos descontos” – Ac. *Post Danmark II*, para. 13.

efeito de exclusão, ou se podem ser utilizados outros testes; em segundo lugar, se e em que grau o efeito anti concorrencial daquele sistema tem que ser provável e grave; e, por último, quais as circunstâncias concretas a ter em consideração para que se possa considerar existir um efeito de exclusão que resultaria num abuso nos termos do, agora, artigo 102º TFUE e, se esse mesmo efeito anti concorrencial deve ser significativo.

O TJ foi chamado a responder a algumas questões cruciais para que o Tribunal Marítimo e Comercial Dinamarquês pudesse resolver o litígio sem quaisquer dúvidas: é que o sistema de descontos em causa tinha várias particularidades: era normalizado (ou estandardizado) e, portanto, baseado no volume da encomenda; *all-unit*, ou seja, aplicava-se a todas as compras durante o período de um ano; e ainda, retroativos. Tendo em conta estas características, a resposta do TJ ao Tribunal Dinamarquês era muito importante, sendo que as decisões anteriores relativamente a este tipo de descontos já haviam seguido nos dois sentidos: no caso *Hoffman-La Roche*, o TJ considerou que os descontos de quantidade seriam, em princípio, legais; no caso *Michelin II*¹²⁵, o Tribunal veio dizer que se existisse um incitamento à fidelidade, já estaríamos perante um abuso.

126

Relativamente à questão do teste do concorrente igualmente eficiente, o TJ afirmou que embora este seja uma das ferramentas à disposição para analisar e determinar se um sistema de descontos é abusivo, não é a única, e nem sequer seria pertinente no caso concreto, uma vez que a *Post Danmark* detinha um monopólio legal correspondente a cerca de 70% do mercado, e assim sendo, seria praticamente impossível o surgimento de um concorrente igualmente eficaz.¹²⁷

No que concerne à probabilidade e gravidade do efeito anti concorrencial produzido pela atuação da empresa dominante e o grau de afetação do mercado, o TJ respondeu às duas questões de forma conjunta. Nos parágrafos 65 e 66 do Acórdão, estabelece que o efeito prejudicial não deverá ser meramente hipotético, mas também não necessita ser concreto – bastará a probabilidade ou potencialidade de verificação. Para tal, deverão ser tomadas em consideração algumas especificidades: se o esquema de descontos tem como objetivo diminuir a possibilidade de escolha, por parte do

¹²⁵ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, *Michelin/Comissão*, Proc. T-203/01

¹²⁶ COLOMO, Pablo Ibañez – *Post Danmark II: The Emergence of a Distinct 'Effects-Based' Approach to Article 102 TFUE* – *Jornal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, No.2., p. 113.

¹²⁷ *Ac. Post Danmark II*, para 60 a 62.

consumidor, das várias fontes de abastecimento; “impedir o acesso ao mercado dos concorrentes; aplicar a parceiros comerciais condições desiguais para prestações equivalentes ou reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada”.¹²⁸ Nenhum destes efeitos produzidos por um sistema de descontos é novo: o “efeito de sucção” a que o TJ aqui se refere, quando explica a capacidade que uma empresa em posição dominante pode ter de “amarrar” os seus clientes através de um esquema como o do caso, já foi referido, por exemplo, em *Michelin I*.¹²⁹ Além do objetivo, as circunstâncias em que o sistema é institucionalizado são também extremamente importantes: as modalidades e os critérios utilizados, o número de clientes em causa e as características do mercado em que a empresa dominante atua.¹³⁰

No que respeita à criação de um limiar de sensibilidade (critério de *minimis*), o TJ não considera necessária a definição de um limiar mínimo abaixo do qual o impacto anti concorrencial da prática seria mais improvável. Em conformidade com a jurisprudência anterior, o TJ salientou que o artigo 102.º do TFUE se aplica nos casos em que a concorrência já está enfraquecida pela presença no mercado de uma empresa dominante. Assim, qualquer prática é potencialmente capaz de produzir efeitos de exclusão.¹³¹

3.5. O rumo seguido e o rumo a seguir pela jurisprudência Europeia em matéria de descontos

Tendo em conta o exposto, parece difícil não concordar com a afirmação de que a jurisprudência, relativamente aos sistemas de descontos condicionais (em particular, descontos de fidelidade ou exclusividade) tem dado mais relevância à forma do que aos efeitos que a prática traduz.

Os vários tipos de descontos condicionais têm vindo a ser avaliados pelo Tribunal ao longo de décadas e, praticamente, todas as formas já foram consideradas abusivas – descontos retroativos, descontos alvo, descontos de fidelidade ou exclusividade: como já foi dito anteriormente, o único tipo de descontos que parece ser menos propenso a gerar efeitos anticoncorrenciais e, por conseguinte, condenados pela jurisprudência, são

¹²⁸ *Ac. Post Danmark II*, para 64.

¹²⁹ VENIT, James S. - *Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning* - *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, No. 3, p. 117.

¹³⁰ *Ac. Post Danmark II*, para 68.

¹³¹ Pablo Ibañez Colomo, 2016, p. 114.

os descontos de quantidade, não individualizados e progressivos. É isso que parece resultar também do Acórdão *Post Danmark II*: ao longo da sua abordagem sobre as questões impostas pelo Tribunal Dinamarquês, o TJ analisou, mais uma vez as diferenças entre descontos de quantidade, alvo e fidelidade. O caso veio confirmar que existem duas categorias, tendo em conta a linha de atuação de jurisprudência, no âmbito do artigo 102º: algumas práticas são consideradas abusivas pela sua própria natureza, como é o caso dos descontos de fidelidade; outras só são consideradas abusivas na medida em que produzem um efeito anti concorrencial, que é o que acontece com os descontos de quantidade, “estandardizados”, e descontos alvo.¹³² Mais uma vez parece ser reforçado, neste caso, a atribuição “gratuita” de ilegalidade aos descontos de fidelidade.

Desde o nascimento do *Discussion Paper*, e mais tarde com a Orientação da Comissão sobre a aplicação do artigo 102º do TFUE, que a Comissão e o Tribunal têm a oportunidade de substituir a sua abordagem formalista por uma abordagem mais centrada nos efeitos, portanto, económica. Embora ambos já se tenham pronunciado sobre o facto de que estes documentos só se aplicam em termos futuros, o teste do concorrente igualmente eficiente já foi introduzido em casos mais recentes como o Acórdão *Tomra*¹³³ ou o Acórdão *Intel*. Para quem almeja uma rendição do Tribunal a uma abordagem nada formalista, este seria já um avanço.

No entanto, os adeptos da aplicação do teste do concorrente igualmente eficiente ao abrigo do artigo 102.º do TFUE, e portanto, de uma abordagem mais económica, sofreram recentemente uma grande decepção. O caso *Post Danmark II* trouxe a confirmação de que o Tribunal não está disposto a alterar a linha de jurisprudência anterior. Embora o Tribunal Dinamarquês tenha introduzido nas suas questões a relevância da Orientação da Comissão, e explorar se poderia ser considerado como aplicabilidade correta da lei, o acórdão do TJ só lançou mais dúvidas sobre a relevância e utilidade do teste do concorrente igualmente eficiente e, assim, consequentemente, a relevância e a consistência do Documento de Orientação do artigo 102º.¹³⁴

¹³² Pablo Ibañez Colomo, 2016, p. 114.

¹³³ Acórdão do TJ, de 19 de Abril de 2012, *Tomra Systems ASA/Comissão*, Proc. C-549/10 P.

¹³⁴ LUNDGVIST, Björn - *Post Danmark II*, now concluded by the ECJ: clarification of the rebate abuse, but how do we marry *Post Danmark I* with *Post Danmark II*? - European Competition Journal, 2015, p. 573.

No nosso entendimento, uma abordagem tão formalista como a que tem sido utilizada com os descontos de fidelidade/exclusividade não deve prosperar. Com empresas a nascerem diariamente e um mercado cada vez mais ativo, é natural que as empresas tentem todas as formas para atraírem novos clientes, manterem os que já existem e consigam um aumento das suas economias, sejam elas dominantes ou não. Concordamos, por isso, com Miguel Moura e Silva quando diz: “um dos problemas de considerar abusivo qualquer comportamento de uma empresa em posição dominante que afete negativamente a concorrência é o de tal abranger igualmente o resultado da maior eficiência de uma empresa naquela posição. A finalidade da empresa em concorrência é, não o podemos esquecer ganhar a preferência dos consumidores para dessa forma aumentar os seus lucros, o que se pode traduzir na diminuição da posição dos concorrentes ou mesmo a saída destes do mercado, caso não consigam ser igualmente eficientes.”¹³⁵

Sendo a proteção dos consumidores um dos objetivos principais do Direito da Concorrência, se um sistema de descontos trazer mais benefícios do que perdas, não parece existir nenhuma razão para que eles sejam considerados um abuso *per se*. Obviamente que as empresas que tentam entrar no mercado, e aquelas que nele tentam sobreviver merecem uma especial preocupação por parte das Instituições Europeias. Mas isso não deve ter que passar, obrigatoriamente, por uma condenação de uma prática simplesmente pela sua forma. No caso *British Airways*, a quota dos concorrentes da empresa dominante aumentou durante o período em que a *BA* praticou o esquema por que foi condenada. Ora, se a sua atuação não resultou num prejuízo para os seus concorrentes, que aumentaram os seus ganhos; se não resultou num prejuízo para o Direito da Concorrência, que manteve as mesmas empresas no mercado; se não prejudicou a liberdade de escolha dos consumidores – qual o motivo para ser condenada?

Parece-nos que está na altura de o teste do concorrente igualmente eficiente tomar uma posição nesta temática. Este teste já foi utilizado em vários casos, como o Acórdão *Telia Sonera* para a “compressão de margens”. O Documento de Orientação da Comissão merece ser aplicado. E se o Tribunal considera que este teste não é o mais

¹³⁵ SILVA, Miguel Moura e – *Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial* – Almedina, 2008, pp. 665 e 666.

capaz para avaliar a prática em causa, o melhor mesmo será considerar outros, como o “teste de equilíbrio de efeitos” já utilizado nos EUA.¹³⁶

¹³⁶ Para um estudo mais aprofundado, Cfr. Iliana Nunez Osorio, 2012, p.6.

Conclusão

Chegados a este ponto, e depois de analisados pós e contras de um esquema de descontos, particularmente os descontos de fidelidade, parece-nos que a análise da sua prática por uma empresa em posição dominante, não pode ser feita de “ânimo leve”. Já o referimos anteriormente: não concordamos com a qualificação de um esquema de descontos de fidelidade como um abuso *per se*. Não queremos com isto dizer, obviamente, que o Tribunal deva aceitar qualquer esquema deste tipo. Como já podemos verificar, os descontos de fidelidade apresentam várias vantagens para a concorrência, mas também têm especial aptidão para encerrar o mercado para os seus concorrentes. O artigo 102º TFUE deve, definitivamente, servir para punir e persuadir empresas nos casos em que, de facto, estejamos perante uma atuação estratégica por parte da empresa em posição dominante capaz de provocar grandes prejuízos ao mercado concorrencial.

O que nos parece fazer sentido, é que a atuação do Tribunal tenha sempre em consideração o caso concreto: os prós e contras daquele comportamento, naquele tipo de mercado específico e o tipo de consequências que apresenta aos concorrentes e aos consumidores. O objetivo é que exista, primeiro com a atuação da Comissão, e depois com o Tribunal, uma ponderação de interesses de todas as partes intervenientes, e prosseguir com o fim que se mostra mais vantajoso.

Na procura de uma solução para esta problemática que são os esquemas de descontos de fidelidade, o teste do concorrente igualmente eficiente parece-nos assertivo: através dele é possível perceber se existem empresas capazes de proporcionar aos consumidores os mesmos privilégios que a empresa em posição dominante oferece.

No sentido da avaliação destes comportamentos consoante os efeitos que produzem e não a forma que incorporam, o *Discussion Paper* e o documento de Orientação da Comissão sobre o artigo 102ºTFUE, foram passos de gigante. No entanto, as decisões jurisprudenciais continuam a seguir em sentido oposto. O acórdão *Intel* e o acórdão *Post Danmark II* foram os casos mais recentes e, por isso mesmo, os que mais surpreenderam. O Acórdão *Post Danmark II* tinha tudo para se tornar esclarecedor, porque as dúvidas remetidas ao TJ pelo Tribunal Dinamarquês são precisamente aquelas que grande parte da Doutrina pretende ver resolvidas.

A *Intel* apresentou, recentemente, recurso da decisão aplicada para o TJ. Enquanto para alguns a esperança renasce, no sentido de verem ser respondidas todas as questões que ainda não obtiveram resposta¹³⁷, e principalmente, o TJ levar finalmente em consideração o teste do concorrente igualmente eficiente e a possibilidade de um esquema de descontos de fidelidade ou exclusividade não ser considerado, sem mais, abusivo; outros não veem, neste recurso, uma mudança de rumo por parte da jurisprudência.¹³⁸ Consideramos a segunda hipótese a mais provável. Só nos resta aguardar.

¹³⁷ Sunny S. H. Chan, 2016, p. 9.

¹³⁸ USAI, Andrea – *The Intel Case: between Tomra Systems ASA, the Commission's Guidance on Enforcement Priorities, and the Alleged Infringement of procedural requirements – no fat left on the bone* – European Competition Law Review, 2014, p. 15.

Bibliografia

Obras e Artigos

- AHLBORN, Christian; BAILEY, David – *Discounts, Rebates and Selective pricing by dominant firms: A Trans-Atlantic Comparison* – European Competition Journal, 2006
- BISHOP, Simon; WALKER, Mike – *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* – University Edition. Sweet & Maxwell, 2010
- ALLIBERT, Brice; BARTHA, Gabor; BÖSZE, BARBARA; HÖDLMAYR, Corneliu; KAMINSKI, Damian; SCHOLZ, Marieke - *Commission finds abuse of dominance in the Intel case* - Competition Policy Newsletter, No. 3, 2009
- CHAN, Sunny S. H. – *Post Danmark II: per se unlawfulness of retroactive rebates granted by dominant undertakings* - European Competition Law Review, 2016
- COLOMO, Pablo Ibañez – *Post Danmark II: The Emergence of a Distinct 'Effects-Based' Approach to Article 102 TFUE* – Journal of European Competition Law & Practice, 2016, Vol. 7, No.2.
- ELHAUGE, Einer; WICKELGREN, Abraham – *Robust Exclusion and Market Division Through Loyalty Discounts* – International Journal of Industrial Organization, 2015.
- FAELLA, Gianluca – *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates* – Journal of Competition Law & Economics, 2008
- FEDERICO, Giulio – *When are Rebates Exclusionary?* – European Competition Law Review, 2005
- GERADIN, Damien – *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?* – Journal of European Competition Law and Practice 9, 2009

- GRAVENGAARD, Martin Andreas; KJAESGAARD, Niels - *The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance - and its consequences in practice* – European Competition Law Review, 2010
- GREENLEE, Patrick; REITMAN, David – *Distinguishing Competitive and Exclusionary uses of Loyalty Discounts* – The Antitrust Bulletin: vol.50, no. 3, 2005
- GYSELEN, Luc – *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?* – 8th EU Competition Law and Policy Workshop: “What is an Abuse of a Dominant Position?”, European University Institute 2003
- JONES, Alison; SUFRIN, Brenda – *EC Competition Law: Text, Cases and Materials* - Third Edition. Oxford University Press, 2008
- JONES, Alison e SUFRIN, Brenda – *EU Competition Law: Text, Cases and Materials* - Fifth Edition. Oxford University Press, 2014
- JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo – *Abusos de Posição Dominante*. Almedina, 2012
- NIHOUL, Paul – *The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?* – Journal of European Competition Law & Practice, 2014, Vol. 5, No. 8
- O'DONOGHUE, Robert; PADILHA, Jorge – *The Law and Economics of Article 102 TFUE* – Oxford: Hart, 2013
- OECD, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, OECD JOURNAL: Competition Law and Policy, Vol. 5/2, 2003
- ORDOVER, Janusz A.; SHAFFER, Greg – *Exclusionary discounts* – International Journal of Industrial Organization; 2013.
- OSORIO, Iliana Nunez - *"A test to ban rebates": which test is applicable to rebates under TFEU art. 102?* - European Competition Law Review, 2012
- PADILHA, J.; SLATER, D. – *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC* – in GCLC Research Papers on Article 82 EC, College of Europe, 2005

- PAIS, Sofia- *Entre inovação e concorrência: Em defesa de um modelo Europeu*. Universidade Católica Edições, 2011
- PEEPERKORN, Luc; ROUSSENA, Ekaterina – *Article 102 TFEU: Exclusive Dealing and Rebates* - Journal of European Competition Law & Practice, 2011, Vol. 2, No. 1
- PETIT, Nicholas - *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102* – Social Science Research Network, 2015
- RIDYARD, Derek – *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuse Under Article 82 - An Economic Analysis* – European Competition Law Review, 2002
- *Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates*, Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, 2008
- SHER, Brian - *Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel* - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 4
- SILVA, Miguel Moura e – *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*- Almedina, 2010
- SILVA, Miguel Moura e – *Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial* – Almedina, 2008
- SUBIOTTO QC, Romano; LITTLE, David R.; LEPETSKA, Romi – *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts* - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 4
- THE UNILATERAL CONDUCT WORK GROUP – *Report on single Branding/Exclusive Dealing* – International Competition Network, 2008
- THE UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP – *Report on the Analysis of Loyalty Discounts and Rebates Under Unilateral Conduct Laws* – International Competition Network, 2009
- USAI, Andrea – *The Intel Case: between Tomra Systems ASA, the Commission's Guidance on Enforcement Priorities, and the Alleged Infringement of*

procedural requirements – no fat left on the bone – European Competition Law Review, 2014

- VENIT, James S. - *Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning* - Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7, No. 3, 2016
- WILS, Wouter P.J. – *The Judgement of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance* – World Competition, Vol. 37, Issue 4, 2014
- WISH, Richard - *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!* - Published by Oxford University Press 2014, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 1, 2015

Acórdãos

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, Proc. 27/76
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche/Comissão*, Proc. C-85/76
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão*, Proc. C-322/81
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, *BPB Industries e British Gypsum*, Proc. T-65/89
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2001, *TeliaSonera/Comissão*, Proc. C-52/09
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, *Michelin/Comissão*, Proc. T-203/01
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Dezembro de 2003, *British Airways/Comissão*, Proc. T-219/99

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Março de 2004, *British Sugar/Comissão*, Proc. C-359/01-P
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão*, Proc. C 95/04;
- Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de Março de 2012, *Post Danmark/Konkurrencerådet*, Proc. C 209/10;
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 2014, *Intel/Comissão*, Proc. T-286/09
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 2015, *Post Danmark/Konkurrencerådet*, Proc. C-23/14

Legislação e Documentos relacionados

- Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - *Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, 2009/C 45/02.
- Discussion Paper - *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* – 2005
- SUMMARY OF COMMISSION DECISION of 13 May 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37990 – Intel)
- Tratado de Funcionamento da União Europeia